

LA LEY DEL SILENCIO

LA CUESTIÓN DEL SILENCIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA EDIFICACIÓN SIEMPRE HA SIDO UN TEMA POLÉMICO QUE HA GENERADO CONTROVERSIAS E INTERPRETACIONES DIVERGENTES.

*Por José Manuel de Pablo Blasco.
Socio director del Área Jurídica de Columba Ius.*

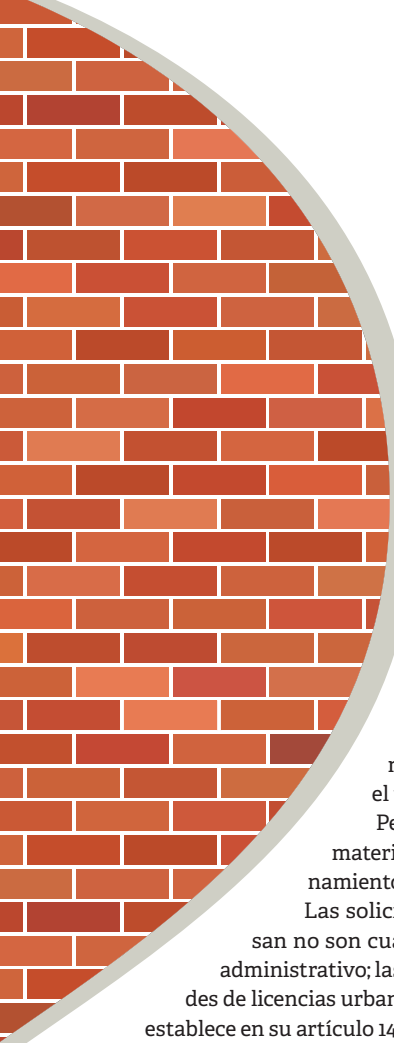
En ocasiones afecta de forma directa a la labor de la dirección facultativa de las obras así como al principal registro documental de la obra terminada, el Certificado Final de Obras (CFO), entre cuyo contenido debe consignarse la correspondiente identificación de la licencia que ampara los trabajos ejecutados. Pero principalmente afecta al propietario de las obras, actividad o instalación, y a la seguridad jurídica de su situación urbanística.

PUNTO DE PARTIDA

Todas las regulaciones establecidas en materia de procedimiento administrativo, desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 (artículo 95), hasta la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1.992 (artículo 43) establecen como norma general el silencio positivo.

Igual sentido se recoge en la actual Ley de Procedimiento 39/2015 de 1 de octubre, en cuyo artículo 24 se dispone:

“En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (...) el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados para entenderla **estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho**



de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general”.

Así que cuando un ciudadano presenta una solicitud a una administración y transcurren tres meses sin que le hayan contestado, puede considerar que le han concedido lo solicitado. Más o menos, la ley viene a hacer bueno el viejo adagio de quien calla, otorga.

Pero hay que tener en cuenta que en materia legislativa nada en nuestro ordenamiento es fácil.

Las solicitudes que a nosotros nos interesan no son cualquier tipo de solicitud o trámite administrativo; las que nos importan son las solicitudes de licencias urbanísticas, y la Constitución Española establece en su artículo 148.1.3ª que es competencia exclusiva de las comunidades autónomas “la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”.

Por lo tanto, las comunidades autónomas, a través de sus diferentes leyes del suelo, podrían haber establecido una legislación diferente en materia de silencio, y en concreto en el silencio afectante a las licencias de edificación.

INSPIRACIÓN ESTATAL

Pero no fue así. Casi todas las comunidades autónomas legislaron de acuerdo con los principios fijados por la norma estatal. Como ejemplo, podemos citar la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, que indica con total claridad lo siguiente en su artículo 154.5:

“5. Transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud de licencia sin notificación de requerimiento o resolución municipal, o un mes desde el cumplimiento del requerimiento de subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud que hubiera podido ser formulada, **se entenderá otorgada la licencia por silencio positivo en los términos resultantes del correspondiente proyecto de obras de edificación**”.

De todas formas, dijera la ley lo que dijera, el silencio nunca fue realmente positivo. Tal y como fijó la jurisprudencia de los tribunales, a pesar de que “la regla general es la del silencio positivo (...), no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística” (sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2.009, entre otras muchas).

Así que la cuestión quedaba de la siguiente forma: existía un principio básico general que establecía que en materia de licencias urbanísticas, el silencio era positivo. Pero para que dicho silencio fuera eficaz, era imprescindible que la solicitud fuera

completa y ajustada a la normativa urbanística o material que le resultara de aplicación.

Es en esta situación en la que se aprueba la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que cambia radicalmente las cosas. Esta Ley modificó la redacción del artículo 9 de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, estableciendo en su párrafo 8: “8. Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, **con silencio administrativo negativo**, los actos que autoricen:

a) **Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo**, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

b) **Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta**.

c) **La ubicación de casas prefabricadas** e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.

d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público”.

Ciertamente, esta modificación ha supuesto una novedad importante en esta materia, que crea un precedente con una buena cantidad de incertidumbres. Entre ellas, las más importantes son dos: a partir de esta ley, ¿qué aplicamos? ¿La ley autonómica que establece que el silencio es positivo, o la ley estatal, que parece que fija que es negativo? ¿Y qué pasa con aquellas licencias que no se consideren incluidas en los cuatro párrafos de la nueva ley?

Ahora veremos cuál fue la solución, pero antes aclararemos que la Ley 8/2013 de Rehabilitación Urbana, y la Ley 2/2008 del Suelo ya no existen porque ambas se han refundido en una sola norma, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En un primer momento, la redacción del artículo 9.8 de la Ley del Suelo pasó a ser el artículo 11.4 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, con lo que el proceso de refundición de normas no alteró nuestro problema esencial; para la legislación estatal, el silencio, al menos en parte, había dejado de ser positivo en urbanismo y había pasado a ser negativo.

¿LEY ESTATAL O LEY AUTONÓMICA?

Como ya se ha señalado antes, nuestro primer problema es determinar a quién hacemos caso, si al Estado o a la comunidad autónoma, porque ahora hay una norma estatal que dice una cosa, y 17 normas autonómicas que dicen otra completamente diferente, pero que más o menos van en la misma línea.

En nuestro ordenamiento, estos problemas los resuelve el Tribunal Constitucional, que fija quién tiene la competencia para regular estas materias.

Mientras el tribunal resolvía, la regulación vigente seguía siendo la autonómica. Por eso, tras la aprobación de la Ley, la cuestión no tuvo demasiada trascendencia.

Pero la sentencia llegó. Se dictó el 14 de diciembre de 2.017 y fijó definitivamente el criterio sobre si el silencio es positivo o negativo.

¿Cuál era el criterio para decidir sobre una solución u otra?

Pues que la Constitución dice en uno de sus artículos que la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda son competencia autonómica, y en otros artículos la Constitución dice que corresponde al Estado la protección del medio ambiente, la regulación común del procedimiento administrativo o la garantía de la seguridad de las personas o del bienestar social. Según entienda cuál prevalece en cada uno de los supuestos que planteó la Ley 8/2013, la solución será que el silencio es positivo o negativo.

Lógicamente, lo primero que se planteó es que el silencio está regulado con carácter general en una norma de procedimiento que es competencia del Estado. Por lo tanto, sería fácil entender que cualquier regulación del silencio administrativo siempre será competencia estatal, con lo que el problema estaría resuelto de entrada.

Pero realmente no es así; la ley estatal dice que el silencio es positivo siempre que una norma no diga expresamente lo contrario. Es un criterio general, sí, pero admite excepciones, y esas excepciones pueden provenir de normas estatales o de normas autonómicas en materia de su competencia.

SIN RESPUESTA HOMOGÉNEA

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no pudo dar una respuesta homogénea para todos los apartados de la nueva ley. Lo que hizo fue analizar cada uno de los puntos del artículo 9.8 para decidir cuál admitía y cuál no.

El apartado a) se refería exactamente a los casos de movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.

Aquí, el Tribunal Constitucional distingue entre los movimientos de tierras y explanaciones, y el resto de actuaciones urbanísticas, es decir, parcelaciones y segregaciones, que no formen parte de un proyecto de reparcelación.

Es decir, y partamos de una idea inicial; los proyectos de reparcelación son instrumentos urbanísticos que tienen su propio régimen específico y que no estaban tratados en esta norma en concreto.

Aclarado este extremo, el tribunal entendió que los movimientos de tierras y las explanaciones tenían una relación más o menos directa con el medio ambiente y que, por lo tanto, el Estado sí era competente, así que en las licencias en las que se soliciten movimientos de tierras o la nivelación de un terreno, el silencio será negativo.

Sin embargo, el mismo tribunal entendía que esta vinculación con el medio ambiente no se daba en las segregaciones o parcelaciones, dado que en el proceso de concesión de las



licencias, la administración se limita en este caso a comprobar que se cumplen determinados parámetros fijados por las ordenanzas locales. Por tanto, para ellos se entiende que el silencio es positivo. Por eso la actual redacción del artículo dice:

“4. Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio **administrativo negativo**, los actos que autoricen:

a) Movimientos de tierras, explanaciones.”

Pero son las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta las que constituyen el apartado más importante y trascendente.

El Tribunal Constitucional parte de que las obras de edificación están reguladas en la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (LOE). Esa es una ley estatal, cuya constitucionalidad ya fue declarada en su momento.

Entendía el tribunal, y no ha cambiado de criterio, que la Ley de Ordenación afectaba a competencias básicas del Estado, como son garantizar la seguridad y el bienestar de todos los ciudadanos.

Sobre esta base, resuelve que el Estado puede regular sobre el silencio de las licencias solicitadas para la ejecución de una obra regulada por la LOE.

MÁS MATICES DEL TC

La conclusión final es que las obras reguladas por la **LOE están sujetas a silencio negativo**. Sin embargo, el tribunal aquí también matiza, y literalmente dice lo siguiente:

“No cabe llegar, sin embargo, a la misma conclusión en lo que se refiere a **otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación**, excluidas, en consecuencia, de la Ley de Ordenación de la Edificación. En estos casos, cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente”.

Por lo tanto, **en las edificaciones sujetas a la LOE el silencio es negativo**, pero para las licencias en las que se solicita **la implantación de instalaciones el silencio es positivo**.

El problema esencial en este punto tendrá más que ver con la interpretación que le demos a la LOE que este artículo concreto.

Las edificaciones de nueva planta no presentan problemas; estas licencias han pasado a considerarse denegadas pasado el plazo de tres meses establecido en la ley autonómica (el plazo sigue siendo el mismo).

Pero, ¿y las reformas? Pues en las reformas habrá que distinguir. Están dentro de la LOE:

“b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y **cundo alteren su configuración arquitectónica**, entendiéndose por tales las que tengan carácter de **intervención**

total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en **edificaciones catalogadas** o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección”.

En definitiva, en todas las licencias que tengan por objeto **obras de reforma que requieran de la presentación de un proyecto arquitectónico, el silencio será negativo.** Las obras de reforma que no alteren la configuración del edificio y no afecten a elementos protegidos seguirán estando sujetas al criterio del silencio positivo.

En cuanto a instalaciones, la sentencia hace otra matización; señala que en la implantación de instalaciones en zonas urbanas se sigue aplicando el silencio positivo, pero no así en las que pretendan llevarse a cabo en zonas rurales y suelo rústico, donde se entiende que la protección del medio ambiente prima y, en consecuencia, el silencio también es negativo.

¿Y LAS CASAS PREFABRICADAS?

Sobre la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes, realmente el Tribunal Constitucional adopta una decisión ciertamente incomprensible.

Afirma que el silencio será negativo cuando se implanten sobre suelo rural, pero será positivo si se implantan en suelo urbano. Una vivienda prefabricada de naturaleza permanente es una edificación, por mucho que sea prefabricada. Por lo tanto, deben cumplir las normas fijadas en la LOE. Resulta incomprensible que la sentencia indique, en el párrafo tercero, que el Estado puede legislar respecto de las obras LOE edificadas en cualquier clase de suelo, mientras que las prefabricadas no.

Pero es lo que se ha dictado, de modo que las licencias para implantar casas prefabricadas en suelo urbano están sujetas a silencio positivo, y si se pretende lo mismo en suelo rústico, el silencio es negativo.

El TC también se ha pronunciado sobre la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.

En este caso, el tribunal entiende que la referencia a la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística debe eliminarse de la norma, y, por lo tanto, estaría sujeta a silencio positivo, mien-

tras que regiría el silencio negativo **cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.**

CONCLUSIÓN FINAL

El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2017, han supuesto una novedad importante en el tratamiento del silencio administrativo para las licencias urbanísticas.

La principal novedad es que el silencio pasa a ser negativo en todas las solicitudes para la ejecución de obras que estén dentro del ámbito de la Ley de Ordenación de la Edificación. Las obras fuera de dicha regulación siguen bajo el régimen previo de silencio positivo.

Esta regulación tiene una enorme trascendencia en la labor y responsabilidad de los técnicos de la Dirección Facultativa de las obras.

En unos casos (obras que no alteren la configuración arquitectónica o protección de los edificios, instalaciones y viviendas prefabricadas en suelo urbano) podrán iniciar su labor y emitir el correspondiente CFO a su conclusión cuando la propiedad les justifique que se dispone de licencia por silencio administrativo positivo; en otros (obras LOE, viviendas prefabricadas en suelo rústico, etc) deberán asegurarse de contar con acto expreso de otorgamiento de licencia para realizar el desempeño de sus funciones.

GRAVES CONSECUENCIAS

Las consecuencias de no asegurarnos bien de disponer de la correspondiente licencia se recogen en la Ley del Suelo 9/2001 de Madrid, que considera tal proceder como infracción grave en el artículo 204.3.a) y señala sus responsables en el artículo 205, que dispone:

“Serán responsables de las infracciones: a) En las obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados sin concurrencia de los presupuestos legales para su legitimidad o contraviniendo sus condiciones:

1.º Los técnicos facultativos autores de los proyectos o documentos técnicos, si las obras proyectadas fueran incompatibles con el planeamiento urbanístico.

2.º Los promotores y constructores de las obras o instalaciones y los titulares, directores o explotadores de los establecimientos, las actividades o los usos, así como los técnicos directores de las obras y de su ejecución y los directores de las instalaciones.

La sanción prevista por iniciar los trabajos sin licencia o ejecutarlos con infracción de la misma es de multa de 30.001 a 600.000 euros”. ⚡

